

Expediente:

Secretario:

Cuaderno Principal:

Escrito: 1

Sumilla: Demanda de Acción Popular contra artículos 2 y 6 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA SUPERIOR DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ISCRA CHAVEZ LOAIZA, con DNI N° 23844199, Directora de la Asociación por la Vida y Dignidad Humana de Cusco (APORVIDHA), constituida legalmente como asociación e inscrita en la Partida Electrónica N° 02083424 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Cusco; y GLATZER TUESTA ALTAMIRANO, DNI N° 10070689, Director General del Instituto de Defensa Legal de Lima, constituido legalmente como asociación e inscrita en la Partida Electrónica N° 01867245 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima; con domicilio real y procesal en Avenida Pardo y Aliaga 272, San Isidro, Lima, provincia y departamento de Lima; nombrando como nuestros abogados a IRUPE CAÑARI ARAGÓN, con CAC N° 5570, a CRUZ SILVA DEL CARPIO con Registro CAL N° 52066, CÉSAR BAZÁN SEMINARIO, con Registro CAC N° 6143; y a JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA, con Registro CAL N° 28423, respectivamente, las facultades generales de representación, ante usted nos presentamos y decimos:

Que al amparo del artículo 200° de la Constitución y el artículo 75° del Código Procesal Constitucional, interponemos demanda de ACCIÓN POPULAR contra los artículos 2° y 6° del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM que aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos por violar y desnaturalizar el deber de la protección del patrimonio cultural consagrado en el artículo 21° de la Constitución, amenazar el derecho de propiedad y el derecho al territorio de los pueblos indígenas reconocido en el artículo 88 de la Constitución Política del Estado y 13 del Convenio 169 de la OIT, así como las demás normas de rango constitucional que salvaguardan estos derechos.

I. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y DE PROCEDENCIA

1. Petitorio

Solicitamos se declare la inconstitucionalidad y por lo tanto se deroguen los artículos 2 y 6 del Decreto Supremo 054-2013-PCM.

2. Legitimidad pasiva

La presente demanda la dirigimos contra:

- El Presidente del Consejo de Ministros, Premier Juan Federico Jiménez Mayor representado por el Procurador Público de dicha entidad Doctor Carlos Enrique Cosavalente Chamorro, con domicilio en Av. Armendáriz N° 339, 2° Piso. Miraflores, Lima, a donde deberá de ser notificado.
- La Ministra de Cultura, Diana Álvarez-Calderón Gallo, representado por el procurador público Gustavo Guillermo Barrantes Mejía, con domicilio en Av. Javier Prado Este N.° 2465 – San Borja.
- El Ministro de Energía y Minas, Jorge Merino Tafur, representado por la procuradora pública Eva Giselle García León, con domicilio en Av. Las Artes Sur N.° 260 – San Borja.

3. Legitimación activa

De acuerdo con el artículo 84 de la Ley 28237 (Código Procesal Constitucional), publicada el 31 de mayo de 2004, *“La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier ciudadano”*, en este caso los suscritos.

4. Competencia

En aplicación del artículo 85.2 del Código Procesal Constitucional, el órgano jurisdiccional competente para conocer esta demanda, es la Sala correspondiente Superior de Justicia de Lima.

5. Plazo

Siguiendo el artículo 87 del Código Procesal Constitucional, el plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma. Tanto el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM como el Decreto Supremo N° 060-2013-PCM que aprueban las disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión

pública y privada, las cuales fueron publicadas respectivamente el 16 de mayo de 2013 y 25 de mayo de 2013. Por ello, nuestra demanda cumple con el plazo para su presentación.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

Antecedentes

- Con fecha 21 de diciembre de 1991 se aprueba mediante Resolución Legislativa N° 23349, la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) siendo ratificado con fecha 5 de febrero de 1982.
- Con fecha 5 de diciembre del año 1993 el Gobierno Peruano expidió la Resolución Legislativa N° 26253, mediante la cual aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Dicho instrumento fue ratificado el 17 de enero del año 1994 y depositado el 2 de febrero de 1994, entrando en vigencia el 2 de febrero del año 1995.
- Que, el Tribunal Constitucional (TC en adelante) en repetida y reiterada jurisprudencia, ha establecido que *“(…) nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”*¹. Asimismo, el TC ha afirmado que los *“(…) tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”*².
- Que, con fecha 19 de febrero de 2009, el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 33, ha reconocido el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos, y que en consecuencia posee rango constitucional, y que la consulta previa es un derecho fundamental.

Norma cuestionada

- Con fecha 16 de mayo de 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, que aprobó las disposiciones especiales para la ejecución de procedimientos administrativos para promover las inversiones.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

A.- LA VIOLACION DE LA OBLIGACION DEL ESTADO DE PROTEGER EL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO HISTÓRICO

¹ STC N° 0047-2004-AI/TC. F. J. 22.

² STC N° 0025-2005-PI/TC. F. J. 33.

1. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM, incorpora el silencio administrativo en la expedición del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos³.

El artículo 2 del Decreto Supremo 054-2013-PCM señala:

“Artículo 2.- De la emisión del CIRA y la aprobación del Plan de Monitoreo Arqueológico

2.1 Para los Proyectos de Inversión materia de la presente norma, la expedición del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos – CIRA, requerirá la presentación de la siguiente documentación:

- a. Solicitud dirigida al Director de Arqueología o Director Regional de Cultura, según corresponda.*
- b. Comprobante de pago por expedición del CIRA de acuerdo al TUPA.*
- c. Plano de ubicación del Proyecto de Inversión presentado en coordenadas UTM, Datum WGS 84, firmado por ingeniero o arquitecto.*
- d. Plano georeferenciado del ámbito de intervención del proyecto y memoria descriptiva del terreno con el respectivo cuadro de datos técnicos (UTM, Datum WGS 84), firmado por ingeniero o arquitecto.*

Presentada la solicitud, el CIRA deberá ser emitido por la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura en un plazo que no deberá exceder los veinte (20) días hábiles siguientes, sujeto a silencio administrativo positivo.

2.2 Una vez emitido el CIRA, el titular del proyecto de inversión correspondiente deberá presentar un Plan de Monitoreo Arqueológico elaborado por el profesional inscrito en el Registro Nacional de Arqueólogos Profesionales a cargo del Ministerio de Cultura, el cual deberá ser aprobado por la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura, dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles, caso contrario se dará por aprobado el Plan de Monitoreo presentado.

2.3 Tratándose de proyectos que se ejecuten sobre infraestructura preexistente no será necesaria la tramitación del CIRA, sino la presentación de un Plan de Monitoreo Arqueológico ante la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura para su aprobación en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, caso contrario se tendrá por aprobado dicho plan. [...]” (resaltado nuestro)

Se precisa en el numeral 2.1 del artículo 2° del mencionado Decreto Supremo que, para los proyectos de inversión materia de la referida norma, presentada la solicitud, el CIRA deberá ser emitido por la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura en un plazo que no deberá exceder los veinte (20) días hábiles siguientes, si no se expide

³ Recogemos la argumentación desarrollada por Alfredo Fabricio Valencia Gibaja, en su blog Patrimonio Cultural, publicado el 31/05/13, en el artículo titulado «El Decreto Supremo N° 054-2013-PCM y el Silencio Administrativo referido al Patrimonio Cultural de la Nación». Puede ser revisado en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/176229/el-decreto-supremo-n-054-2013-pcm-y-el-silencio-administrativo-referido-al-patrimonio-cultural-de-la-naci-n>

en ese plazo se aplica el silencio administrativo positivo, es decir se entiende que se ha concedido el CIRA.

A su turno en el numeral 2.2 del artículo 2°, se establece que una vez emitido el CIRA, el titular del proyecto de inversión correspondiente deberá presentar un Plan de Monitoreo Arqueológico elaborado por el profesional inscrito en el Registro Nacional de Arqueólogos Profesionales a cargo del Ministerio de Cultura, el cual deberá ser aprobado por la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura, dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles, caso contrario se dará por aprobado el Plan de Monitoreo presentado, otra vez se aplicará el silencio administrativo positivo.

De igual manera, en el numeral 2.3 del artículo 2° se establece que tratándose de proyectos que se ejecuten sobre infraestructura preexistente no será necesaria la tramitación del CIRA, sino la presentación de un Plan de Monitoreo Arqueológico ante la Dirección de Arqueología o las Direcciones Regionales de Cultura para su aprobación en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, caso contrario se tendrá por aprobado dicho plan.

En definitiva, en los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, se ha incorporado el silencio administrativo positivo.

2. El silencio administrativo no está pensado para dejar en la indefensión patrimonio histórico cultural de la nación pues constituye interés público

Hasta antes del artículo 2 del Decreto Supremo 054-2013-PCM, el Instituto Nacional de Cultura primero y luego Ministerio de Cultura, aplicaba el Silencio Administrativo Negativo en temas referidos al Patrimonio Cultural. Es decir, si no había un pronunciamiento, se entendía que había un rechazo del requerimiento. Esta situación cambió el 16 de mayo de 2013, con la publicación del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, como acabamos de ver.

De conformidad con Roberto Dromi, *“El silencio Administrativo comprende la inactividad o pasividad de la Administración, que no se expide en tiempo y forma sobre las peticiones formuladas por los administrados, por lo que por vía legal y presuntiva se equipara la omisión”*⁴ a la emisión de una resolución positiva o negativa. En relación con el silencio administrativo positivo, el jurista peruano Juan Carlos Morón, señala que *“(…) La doctrina sobre el silencio administrativo positivo afirma que se trata de un modo imperativo de conclusión de los procedimientos administrativos promovidos por los ciudadanos que opera, en subsidio, cuando la autoridad ha incurrido en inactividad formal resolutoria sustituyendo la esperada decisión expresa por una ficción legal: la de haberse producido una decisión declarativa estimativa, afirmativa o favorable a lo pedido, en los propios términos,*

⁴ Dromi Roberto. Derecho Administrativo. Tomo II. Gaceta Jurídica. 2005. Página 473.

obteniéndose de ello un acto administrativo tácito, con idénticas garantías y efectos que si se hubiese dictado expresamente el acto favorable”⁵.

Este autor no obstante reconoce en consonancia con la doctrina que hay una relación de materias que, por incumbir directamente al interés general, son sujetos de un tratamiento más cauto ⁶. En efecto, *“los supuestos de aplicación del silencio administrativo negativo provienen de diversos factores, (...) será necesario que el procedimiento administrativo respectivo involucre no solo materias tales como la salud, el medioambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio cultural (...)”⁷.*

En resumen, el silencio administrativo es un remedio ante el funcionamiento deficiente de los entes estatales, toda vez que si un trámite planteado por un administrado (privado o público), no es atendido dentro del pazo legal, operara el silencio administrativo positivo (lo solicitado por el administrado se da por aprobado) o negativo (lo solicitado por el administrado se da por desaprobado)

No obstante, la regulación del silencio administrativo referido al patrimonio cultural arqueológico, antes del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, estaba regulado de acuerdo al numeral 1.1 del Artículo 34 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Según esta, los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y **el patrimonio histórico cultural de la nación**.

“Artículo 34.- Procedimientos de evaluación previa con silencio negativo

34.1 Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos:

34.1.1 Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación”. (subrayado nuestro)

Es más, la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, señala en su Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final, que excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación.

⁵ Moron Urbina, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Octava edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, págs. 850 a 852, 857, 866.

⁶ Ibídem.

⁷ Ibídem.

3. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM es incompatible con el artículo 21 de la Constitución que establece la obligación del Estado de proteger el patrimonio histórico cultural de la Nación

El D.S. No 054-2013-PCM al establecer una situación de desprotección del patrimonio histórico cultural de la nación, es inconstitucional, en la medida en que resulta absolutamente incompatible con la *cláusula de protección del patrimonio cultural*⁸, recogida en el artículo 21 de la Constitución:

“Artículo 21°. Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional”.

Para el TC la protección del patrimonio cultural arqueológico de la nación demanda no cualquier protección sino “la máxima protección” del Estado. En efecto, según el TC, *“no puede haber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro patrimonio cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria, a efectos de que quede garantizado no sólo su valor histórico, sino también el valor intrínseco que, en comunión con otros factores, dota de identidad y unidad a nuestra nación”*⁹. (resaltado nuestro)

Asimismo, para el TC este patrimonio arqueológico es un elemento que merece protección en tanto es un elemento clave de nuestra identidad cultural como nación. Este tribunal ha señalado que *“el ‘derecho constitucional de los bienes culturales’, entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la autorepresentación cultural del pueblo, y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles, no se agota con lo que señala el artículo 195° de la Constitución, pues éste debe concordarse con el artículo 21° de la misma Norma Fundamental... Esta disposición constitucional no sólo debe interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección; sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento del consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural, o, en definitiva, de nuestra autorepresentación cultural como pueblo...”*¹⁰. (subrayado nuestro)

⁸ STC Exp. No 0042-2004-AI/TC, f. j. 5.

⁹ STC Exp. No 04677-2004-AA, f.j. 24 y 25.

¹⁰ STC Exp. No 00007-2002-AI, f. j. 10.

El TC desarrolla y establece cuatro obligaciones que le corresponden al Estado frente al tema cultural, el deber de respetar, el deber de promover, el deber de no promover y la obligación de establecer políticas públicas a favor de la afirmación de los derechos de índole cultural y de los derechos de los Pueblos Indígenas.

En efecto, a criterio de este colegiado *“el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe respetar, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución)”*¹¹. Luego el TC agrega que *“el Estado tiene la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación”*¹².

Finalmente el TC desarrolla lo que denomina la *“Política cultural constitucional”*. Señala que *“la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales”*¹³.

4. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM viola el artículo 2.19 de la Constitución que establece la obligación del Estado de proteger la identidad cultural de los peruanos al desproteger el patrimonio histórico cultural de la Nación

El D.S. No 054-2013-PCM al establecer una situación de desprotección del patrimonio histórico cultural de la nación, es inconstitucional, en la medida en que resulta absolutamente incompatible con el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 de la Constitución, toda vez que el patrimonio arqueológico histórico es un elemento fundamental no solo de la identidad cultural de todos los peruanos, sino de la identidad étnica de los pueblos indígenas, en caso de ser restos prehispánicos. En otras palabras, su indefensión es incompatible con la obligación del Estado de proteger el derecho a la identidad cultural, y con la obligación de proteger el pluralismo étnico y cultural.

¹¹ STC Exp. No 0042-2004-AI/TC, f. j. 4.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*, f.j. 5.

“Artículo 2º

Toda persona tiene derecho:

[...]

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

En referencia con la identidad de los grupos étnicos, el TC hace referencia a “(...) *aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte*”¹⁴. En otro momento entiende por identidad étnica aquella “*facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás*”¹⁵. (resaltado nuestro)

Quizá uno de los aportes del TC es precisar el contenido constitucional del derecho a la identidad étnica, y para ello hace suyo la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “*el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa*”¹⁶ y que tal derecho comprende: “*a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda”¹⁷. Ciertamente, un elemento de este derecho es la protección del patrimonio arqueológico cultural histórico, aquí invisibilizado.*

¹⁴ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 19. El TC hace suya esta referencia bibliográfica: Azkin, Benjamín, Estado y Nación, FCE, México, 1968, pág. 34.

¹⁵ STC Exp. No 03343-2007-AA, f.j. 29.

¹⁶ Ibídem, f.j. 30.

¹⁷ Ibídem.

Ciertamente, el derecho a la identidad cultural no es patrimonio de los Pueblos Indígenas. Comentando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, el Tc precisa que *“dada la amplitud semántica que tiene el término “vida cultural” utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse sólo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no sólo a los grupos étnicos”*¹⁹.

En relación con la relación entre el artículo 2.19 y el artículo 21 el TC ha dicho que *“Este Tribunal ha tenido ocasión de resaltar la vital importancia de la Constitución cultural, de los derechos culturales y del patrimonio cultural. En efecto, se ha destacado que el artículo 21º de la Constitución, junto con su artículo 1º (que reconoce el respeto por la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado) y 2º 19 (que reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural), ‘constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias’. [...] En atención a ello, no puede caber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro patrimonio cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria, a efectos de que quede garantizado no sólo su valor histórico, sino también el valor intrínseco que, en comunión con otros factores, dota de identidad y unidad a nuestra nación”*. (Exp. 04677-2004-AA FJ 24)

En otro caso, el TC precisa que *“Esta disposición constitucional no sólo debe interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección; sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento del consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural, o, en definitiva, de nuestra autorepresentación cultural como pueblo.”* (STC 0007-2002-AI/TC) (Subrayado nuestro).

5. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM viola el artículo 2.8 de la Constitución que reconoce el derecho fundamental a la cultura, al desproteger el patrimonio histórico cultural de la Nación

El D.S. No 054-2013-PCM al establecer una situación de desprotección del patrimonio histórico cultural de la nación, es inconstitucional, en la medida en que resulta absolutamente incompatible con el derecho a la cultura reconocido en el artículo 2.8 de la

¹⁸ “Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”

¹⁹ STC Exp. No 00006-2008-AI, f.j. 21.

Constitución, toda vez que nos privará de conocer nuestra historia, nuestra memoria y la de nuestros antepasados.

El artículo 2.8 de la Constitución reconoce el *derecho fundamental a la cultura*:

“Artículo 2º

Toda persona tiene derecho:

[...]

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

Como puede advertirse en la última parte del artículo, se precisa que *“El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”*. Comentando esta norma, el Tc ha establecido que esta norma constitucional reconoce el derecho fundamental del acceso a la cultura²⁰.

6. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM viola el principio constitucional de jerarquía normativa contenido en el artículo 51 y 138 de la Constitución al modificar las normas legales que prohíben el silencio administrativo positivo contra el interés público con una norma reglamentaria.

El Gobierno pretende a través de una norma reglamentaria modificar una norma con rango de ley. En efecto, intenta a través del artículo 2 del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, modificar válidamente la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley 29060 más conocida como Ley del Silencio Administrativo. La validez de cada disposición reglamentaria estará en función que se ajuste y que no desnaturalice las leyes y las normas de rango constitucional, de lo contrario, la disposición o norma legal o reglamentaria, tendrá un problema de validez material. El fundamento es el principio de supremacía normativa de las normas constitucionales sobre las normas legales, y de las normas legales sobre las normas reglamentarias, contenido en los artículos 51 y 138 de la Constitución.

7. El artículo 2 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM viola el derecho constitucional innominado al cumplimiento de las normas legales, al incumplir normas legales que prohíben el silencio administrativo positivo a través de una norma reglamentaria

El Gobierno pretende a través de una norma reglamentaria incumplir con normas de rango de ley. En efecto, intenta a través del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM, incumplir la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General y la Ley 29060 más

²⁰ STC Exp. No 0042-2004-AI/TC, f. j. 5.

conocida como Ley del Silencio Administrativo, cuando establece como regla general el silencio administrativo positivo contra el interés público, a pesar de su expresa prohibición en normas de interés público. Ello resulta incompatible con el derecho fundamental innominado al cumplimiento de las normas legales, desarrollado jurisprudencialmente por el TC.

El TC ha establecido que *“conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento”*²¹. (resaltado nuestro)

B.- LA VIOLACION DE LA OBLIGACION DEL ESTADO DE PROTEGER EL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

- 1. El artículo 6 del Decreto Supremo No 054-2013-PCM viola los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT pues desconoce que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios se sustenta en la simple posesión ancestral**

El artículo 6 del D.S. No 054-2013-PCM es inconstitucional al disponer de los terrenos eriazos del Estado, desconociendo lo establecido en el artículo 13 y 14 del Convenio y en la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando establece que la simple posesión del territorio ancestral, equivale al título de propiedad.

“Artículo 6.- Servidumbre sobre los terrenos eriazos de Estado para proyectos de inversión.

El titular del proyecto de inversión solicitará el terreno necesario para el desarrollo del mismo a la autoridad Sectorial, quien requerirá a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), el otorgamiento de servidumbres temporales o definitivas sobre predios estatales inscritos o no en el Registro de Predios. Recibido el pedido la SBN efectúa el diagnóstico técnico-legal u realiza la entrega provisional del predio, en el plazo no mayor de 15 días hábiles, en los siguientes supuestos:

- a) Si el terreno es de propiedad del Estado Peruano; y,*
- b) Si el terreno es de propiedad del Estado, bajo competencia del Gobierno Regional o registrado a nombre de una Entidad Pública; circunstancia que será comunicada a la entidad competente.*

Posteriormente, la entidad competente para disposición del predio (SBN, Gobierno

²¹ STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9.

Regional o Entidad Pública) realizará la valuación comercial del derecho de servidumbre y aprobará la constitución del derecho de servidumbre, mediante resolución, la cual tiene mérito para su inscripción en el Registro de Predios y su anotación en el Sistema de Información Nacional de Bienes del Estado –SINABIP. En el supuesto que la entidad competente determine que el predio es propiedad privada se informará de este hecho a la autoridad Sectorial.”

Por su parte el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT precisa que:

“Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. (subrayado nuestro)

El artículo 6 desconoce fundamentalmente que no todo terreno eriazo²² pertenece al Estado, y que no todo terreno no inscrito en Registro Públicos pertenece al Estado. Esta norma desconoce que el fundamento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios en la posesión ancestral. El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT primero y luego la Corte IDH (Corte IDH) precisan que para los pueblos indígenas *“por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”*²³.

Según la mencionada disposición, una comunidad nativa o campesina posesionaria de un territorio, no sería propietaria del mismo en caso que no esté inscrito su título de propiedad o que es eriazo el territorio.

La forma de acreditar la propiedad deberá sustentarse en la posesión la cual a su vez es una manifestación de su derecho consuetudinario, el cual ha sido reconocido como fuente de derecho por la Corte IDH, al menos en el caso del régimen de propiedad de los pueblos indígenas. Es decir, *“el derecho consuetudinario servirá para determinar el goce y ejercicio del derecho de propiedad, así como criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto, primando por sobre la legislación estatal (“título real”). El Estado deberá*

²² Según el artículo 24 del D.L. No 653, se consideran tierras eriazas las “no cultivadas por falta o exceso de agua y demás terrenos improductivos excepto: a. Las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería, aun cuando su uso fuese de carácter temporal. b. Las tierras de protección, entendiéndose por tales, las que no reúnan las condiciones ecológicas mínimas, requeridas para cultivo, pastoreo o producción forestal; y, c. Las que constituyan patrimonio arqueológico de la Nación”.

²³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

*reconocer oficialmente la propiedad de la tierra acreditada mediante el derecho consuetudinario y deberá proceder a registrarla de acuerdo a su derecho interno*²⁴.

La jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales *“les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”*²⁵. El derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta asimismo, en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal²⁶; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades²⁷.

Por su parte la Corte IDH ha explicado, que *“[c]omo producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*²⁸. Agrega la CIDH que dado que el fundamento de la propiedad territorial es el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales *“existen aún sin actos estatales que los precisen”*²⁹, o sin un título formal de propiedad³⁰.

²⁴ Claudio E. Nash Rojas, Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Puede ser revisado en <http://www.cdih.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20Nash.pdf>.

²⁵ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231. Citado por CIDH. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 28.

²⁶ En efecto, el derecho al territorio comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96], y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados. Según ha explicado la CIDH, las comunidades indígenas tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a)]. Los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115]. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 28.

²⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(c). Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 28.

²⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 28.

²⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a). Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 28.

Añade la CIDH que las acciones de reconocimiento oficial *“deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de ‘otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior’”*³¹, y no como el otorgamiento de nuevos derechos.

Precisa esta, que la titulación y demarcación territoriales se entienden así como actos complejos que no constituyen, sino meramente reconocen y garantizan derechos que pertenecen a los pueblos indígenas por razón de su uso consuetudinario³². En ese sentido, los órganos del sistema interamericano han explicado que se viola la Convención Americana al considerar las tierras indígenas como tierras estatales por carecer las comunidades de un título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título³³. No es idóneo para hacer los derechos a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, un sistema jurídico que sujeta su ejercicio y defensa a la existencia de un título de propiedad privada, personal o real, sobre los territorios ancestrales³⁴.

Ciertamente, esto implica un cambio absoluto de perspectiva en nuestra manera de razonar jurídicamente, pues de conformidad con la Corte IDH, *“es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los conflictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho”*³⁵. En otras palabras, las normas jurídicas del código civil y del ordenamiento jurídico deben ser interpretadas de conformidad y en consonancia con esta jurisprudencia, de lo contrario, en caso de ser imposible su interpretación armónica, estas normas deberán de ser dejadas de lado, en aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Todo esto ciertamente se traduce por cierto en la obligación de los Estados de proteger y garantizar los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante la adopción de recursos efectivos.

³⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128

³¹ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 29.

³² El ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, y la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128]. La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte de los Estados es un acto de reconocimiento y protección oficiales, que no constitutivo, de derechos. Consecuentemente, la posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación. Citado por CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit., pág. 29.

³³ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(j).

³⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 111

³⁵ Claudio E. Nash Rojas, Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Puede ser revisado en <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20Nash.pdf>.

En los términos de la sentencia de la Corte IDH: *"El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial y el consiguiente registro"*^{36 37}.

La consecuencia que Rodríguez Piñero extrae de acá es que *"la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica convalidada por el mero transcurso del tiempo o por razones de justicia distributiva o benevolencia estatal"*, no es una *"posesión precaria"*, sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad. Según la Corte IDH, *"Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios"*³⁸.

El Caso Awas Tingni es importante pues se trata de un caso no solo similar al que ocurre en nuestro país, sino porque la Corte IDH, rebate los argumentos del Estado, que son muy parecidos a los que nuestros tribunales invocan. En efecto, los alegatos presentados por la defensa del Estado de Nicaragua, tuvieron como objetivo negar la pretensión de Awas Tingni. Para este Estado la referida comunidad no había *«acreditado formalmente su condición de comunidad indígena conforme a la ley»*; en el hecho de que *«la extensión superficial de las tierras reclamadas por la Comunidad no guardan proporción con el número de miembros de la Comunidad»*; en la afirmación muchas veces reiterada de la existencia de *«corredores»* o *«zonas de bienes nacionales»* entre las tierras de las comunidades indígenas³⁹.

No fueron los únicos argumentos. En otro momento el Estado demandado invocó que la Comunidad *«está conformada por personas que no tienen un pasado ancestral común, ni ocupación ancestral común de las tierras que reclaman»*⁴⁰. Concluye Rodríguez Piñero que, al fundamentar el derecho de propiedad comunal indígena con el derecho consuetudinario de estos pueblos en el caso Awas Tingni, la Corte IDH está implícitamente reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a dotarse de y regirse por sus propios sistemas de control normativo, sistemas que interactúan con el derecho positivo de los estados en donde viven y a los que se le conceden ámbitos específicos de validez frente a estos estados⁴¹.

³⁶ Caso Awas Tingni, cit. en nota 27, párrs. 138,154, 164, 173.

³⁷ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151.

³⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

³⁹ Rodríguez Piñero, op. cit. párr. 190.

⁴⁰ Véase Audiencia pública del caso Awas Tingni, cit. en nota 35, pág 233. Citado por Rodríguez Piñero, op. cit., párr. 190.

⁴¹ Rodríguez Piñero, op. cit. párr. 190.

2. Reglas vinculantes fijadas por la Corte IDH

En definitiva, y a manera de conclusión la Corte IDH establece las siguientes reglas: “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”⁴².

La consecuencia es evidente, el artículo 6 del Decreto Supremo 054-2013-PCM, al disponer de los terrenos eriazos y de los que no están inscritos, sin hacer distinción si se trata de territorios de pueblos indígenas, por omisión viola el derecho al territorio de los pueblos indígenas.

3. La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos

La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a los jueces peruanos cuando interpreta y desarrolla la Convención Americana de Derechos Humanos. El fundamento de esta regla está en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual es retomada por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual ha señalado que *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

Sobre esa base, el TC ha señalado que: *“al Tribunal Constitucional [...] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”*⁴³. Añade el TC que *“Tal interpretación [de la Corte IDH] conforme con*

⁴² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

⁴³ STC exp. N° 00007-2007- PI/TC, f.j. 36. No es la única vez que lo ha reconocido, “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben

los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”. (0218-2002-HC, f.j. 2).

En otra oportunidad señaló que *“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere [...] En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. (2730-2006-AA, f.j. 12, 13 y 14)*

La consecuencia práctica del reconocimiento que los TIDH tienen rango constitucional y que se incorporan al ordenamiento jurídico, es que los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar los TIDH directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo. Y esto no solo lo ha reconocido la Corte IDH en su jurisprudencia sino el propio TC en su jurisprudencia vinculante.

En efecto, la Corte IDH ha denominado a esta obligación “control de la convencionalidad”. Según la doctrina se presentan dos tipos de control de convencionalidad: en sede nacional

interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”. (STC exp. N° 0217-2002-HC/TC, f.j. 2).

y en sede interna. En relación con el segundo, “el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”⁴⁴.

En el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH señaló: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴⁵.

C.- DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR SE CONCRETA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien tanto los artículos 2 y 6 del D.S. No 054-2013-PCM, violan normas de la Constitución y normas vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se puede soslayar que ellas también violan y amenazan de manera cierta e inminente derechos fundamentales, las cuales deben ser tenidas en cuenta en un proceso constitucional.

Si bien los procesos constitucionales de control abstracto tienen como finalidad evaluar y examinar la compatibilidad abstracta de normas con la Constitución, además de esta

⁴⁴ Ernesto Rey Cantor. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México: Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 46 y 47. Revisar también Néstor Pedro Sagues, El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y público, Editora Normas Legales, N° 104, octubre 2009, Lima, pág. 79 y sgts.

⁴⁵ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124. Posteriormente en la sentencia recaída en el Caso *Trabajadores del Congreso cesados vs. Perú*, la Corte IDH señalará que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

dimensión objetiva predominante, también tiene una dimensión subjetiva, que esta referida a la protección de derechos fundamentales.

Mediante el proceso de acción popular, la Constitución Política del Estado ha confiado al Poder Judicial el control de constitucionalidad de las normas reglamentarias. Como dice el TC, en relación con la demanda de inconstitucionalidad, *“En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, prima facie, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino “la defensa de la Constitución” como norma jurídica suprema. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía (“Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control”[2]), tal como ha afirmado este Colegiado[3], también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst”. (0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC acumulados, f.j. 16)*

En palabras del TC *“son constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas”. (0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC acumulados, f.j. 17). Añade que “a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas”. (0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC acumulados, f.j. 18)*

La consecuencia práctica para el TC será el reconocimiento que *“es deber del juez constitucional tener presente que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución (proceso de inconstitucionalidad), siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas”. (0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC acumulados, f.j. 18)*

En consecuencia, el tribunal no puede dejar de examinar y menos soslayar las violaciones a los derechos fundamentales que el D.S. 054-2013-PCM ocasionan en los hechos.

VI.-MEDIOS PROBATORIOS:

1.- Copia simple del Decreto Supremo Nº 054-2013-PCM

VII.- ANEXOS

Se adjunta los siguientes documentos:

- a. Fotocopia legible del DNI de Glatzer Tuesta Altamirano, Director General del Instituto de Defensa Legal. **ANEXO 1-A**
- b. Fotocopia legible del DNI de Iskra Chavez Loaiza, Directora de la Asociación por la Vida y la Dignidad Humana. **ANEXO 1-B**
- c. Copia del testimonio de constitución de IDL; y de la certificación de inscripción registral del Consejo Directivo, con el Acta de la Asamblea respectiva, debidamente certificada e inscrita en la Partida N° XXXXX del Registros de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima. **ANEXO 1-C.**
- d. Copia del testimonio de constitución de la Asociación por la Vida y La Dignidad Humana; y de la certificación de inscripción registral del Consejo Directivo, con el Acta de la Asamblea respectiva, debidamente certificada e inscrita en la Partida N° 02083424 del Registros de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Cusco. **ANEXO 1-D.**
- e. Copia simple del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM. **ANEXO 1-C**

POR LO EXPUESTO:

A usted. Señor Juez, pido admitir la presente, tramitarla conforme a su naturaleza y en su oportunidad declararla fundada, ordenando se deje sin efecto los artículos 2 y 6 del Decreto Supremo 054-2013-PCM hasta que no se adecúe el contenido de los mismos con el deber del Estado de proteger el patrimonio arqueológico de la Nación y la propiedad y el territorio de los pueblos indígenas en conformidad con la Constitución Política del Estado, la jurisprudencia del TC, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PRIMERO OTROSI DECIMOS:

Que al amparo de lo dispuesto en los artículos 74 y 80 del Código Procesal Civil, nombramos como nuestros abogados patrocinantes a IRUPE CAÑARI ARAGÓN con CAC N° 5570, a CRUZ SILVA DEL CARPIO con Registro CAL N° 52066, a CÉSAR BAZÁN SEMINARIO con Registro CAC N° 6143; y a JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA con Registro CAL N° 28423, respectivamente, las facultades generales de representación que se refiere el artículo 74º del referido cuerpo legal, ante usted nos presentamos y decimos:

SEGUNDO OTROSI DECIMOS:

Que además de los abogados indicados, designamos a Adán López Blanco, a efectos que en nuestra representación puedan recoger todo tipo de documentos tales como oficios, partes, anexos desglosados y toda otra documentación producida o presentada en el procedimiento judicial.

Cusco, 28 de setiembre de 2013